Die sogenannte vorläufige, auflösend bedingte Eigentümer-Grundschuld als Sicherung für den Bauzwischenkredit

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Walter Dannehl
aus Berlin

Approbiert am 18. Dezember 1937

1938

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Klosterstr. 16

1938/100

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0073

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einführung 1

Hauptteil.

A. Die geschichtliche Entwicklung des Eigentümerpfandrechts.

1. Römisches Recht 6
2. Deutsches Recht 7
3. Preußisches Recht 8
   a) A. L. R. 8
   b) Preuß. Eigentumserwerbsgesetz 9
4. Geltendes Recht 9

B. Inhalt und rechtliche Natur der Eigentümer-Grundschuld.

1. Inhalt 13
2. Die Rechtsnatur und die einzelnen Theorien . . 13
3. Kritik und Stellungnahme zu den Theorien . . 15

C. Das Anwartschaftsrecht des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers.

1. Aufzeigung des Problems (Die Ansicht Ackermanns) 17
2. Die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers . . 20
   a) Ein Vergleich zum Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung und die sich hieraus ergebende Schlußfolgerung für die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers 21
   b) Die Abhängigkeit des Eigentümerrechtes von dem Gläubigerrecht und die sich hieraus ergebenden Schlußfolgerungen 25
   c) Weitere Argumente für die Dinglichkeit des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers 26
   d) Der gleichgelagerte Fall bei der Höchstbetragshypothek 29
   e) Der Fall des Eigentümerwechsels vor Valutierung im Vergleich zum Gläubigerwechsel . . . 33
   f) Feststellung des gefundenen Ergebnisses . . 34

D. Die Verwertung der vorläufigen, auflösend bedingten Eigentümergrundschuld zur Sicherung des Zwischenkredites . 34

Schluß 37

Verzeichnis des Schrifttums.

1. Ackermann, Gläubigerwechsel vor Hypotheken-Valutierung. Deutsche Notar-Zeitschrift 1936 S. 345 ff.
2. Biermann, Kommentar zum BGB, Sachenrecht 3. Aufl. 1914.
3. Brandis, Die Uebertragung des Anwartschaftsrechtes, das bei einer bedingten Uebereignung entsteht. In JW 31, S. 506.
4. Die Eigentümerhypothek. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reichs. Band 10, Heft 2, Jena 1903.
5. Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. 1896.
6. „ Bürgerliches Recht. Sachenrecht 3. Aufl. 1906.
7. Ehrenforth, Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld in J.W. 1936, S. 3219.
8. Recke, Wie vor, S. 3221.
9. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlich. Rechts, 8./9. Aufl. 1903.
10. Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902, Band 1 Materielles Grundbuchrecht.
11. von Gierke, Deutsches Privatrecht 2. Band Sachenrecht 1905
12. Güthe-Triebel, Die Grundbuchordnung Bd. II 5. Aufl. 1929.
13. Hartmann, Rechte an eigener Sache.
14. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Ueberblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Oesterreich, Frankreich und der Schweiz. II. Teil § 16, Die Entwicklung in Deutschland 1935.
15. Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek in Arch. f. bürg. Recht, Band 25, S. 222 ff.
16. Holtz, Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung als Kreditsicherungsmittel. Carl Heymanns Verlag-Berl., 1933.
17. Horn, Die Eigentümerhypothek. In den Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 19, 1906.
18. Kommentar der Reichsgerichtsräte, Sachenrecht 1934, 8. Aufl.
19. Kretzschmar, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906.
20. Lent, Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung. In Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 37 ff.
21. Mayer, Die Pfändung v. Eigentümerhypotheken. In Gruchot Bd. 56a (1912) S. 521 ff.
22. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht, Band III, 1888.

23. Obermair, Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekenvalutierung. Deutsche Notar-Zeitschrift 1936, S. 659 ff.
24. Dehne, Wie vor, S. 664 ff.
25. Ackermann, Wie vor, S. 670 ff.
26. Thümmler, Wie vor, S. 763 ff.
27. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Band II.
28. „ In Zeitschr. f. H.-R., Bd. 60, 71.
29. „ Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, Gruchot Beitr. 47, S. 306 ff. Pfändung der Eigentümerhypothek, Gruch. Beitr. 50, S. 551 ff.
30. Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt. 5. Aufl. 1929.
31. Planck, Kommentar zum BGB. 3. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl. 1920, II. Bd. 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse. Bes. Teil 4. Aufl. 1928.
32. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs d. bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. III, Sachenrecht, 1899.
33. Puchta, Pandekten.
34. Thiele, Kann eine künftige, möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld im voraus gepfändet werden? In JW 1933 S. 677.
35. Thümmler, Die vorläufige Eigentümergrundschuld als Sicherheit für Zwischenkredite. In Bank-Archiv 1936 S. 439.
36. v. Thur, Allgem. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Band 1 und 2, 1910, 1914.
37. Thurnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht 1. Band: Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1902.
38. Schauer, Die Behandlung der Eigentümerhypothek nach römischem Recht. Dissertation Erlangen 1898.
39. Schwister, Bemerkungen zur RG-Entscheid. i. JW 33, 1763.
40. „ Das Anwartschaftsrecht als Kreditsicherungsmittel, i. JW. 33, S. 1857/9.
41. Staudinger, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 2. Teil, 10. Aufl. 1936.
42. Weigert, In JW. 1928, S. 62.
43. Wening-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache. Archiv f. Ziv. Praxis, Band 6.
44. Voigt, Die Höchstbetragshypothek unter besonderer Berücksichtigung ihres nicht valutierten Teiles. Dissertation Erlangen.

Einführung.

Die Beseitigung der herrschenden großen Wohnungsnot ist heute einer der wichtigsten Aufgaben der deutschen Wirtschaft.

Die Bereitstellung von Geldmitteln zur Erfüllung dieser Aufgabe beschäftigt daher in erhöhtem Maße die beteiligten Kreise. Die Realkreditinstitute, welche die endgültige Finanzierung der Bauten übernehmen, dürfen die von ihnen zugesagten langfristigen Darlehen in der Regel erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens zur Auszahlung bringen, denn nur der Hypothekenbrief eines bebauten Grundstücks darf zur Deckung ausgegebener Pfandbriefe verwendet werden. Trotzdem müssen auf Verlangen der endgültigen Geldgeber die von diesen gewährten Hypotheken sofort an rangrichtiger Stelle eingetragen werden, um die Hypothekenschuldner an sie zu binden. Das ist kein unbilliges Verlangen, denn die zur Finanzierung der Bauten berufenen Institute müssen sich darauf verlassen können, daß das Darlehn auch tatsächlich abgenommen wird. Nur so ist eine ordnungsmäßige Disposition über die zur Bekämpfung der Wohnungsnot bereit zu stellenden Mittel gewährleistet.

Es gilt nun, nicht nur die Dauerfinanzierung zu beschaffen, sondern es ist auch notwendig, dem Bauherrn (auch Bauträger genannt) schon während der Bauausführung finanzielle Hilfe zu gewähren, denn er verfügt gewöhnlich nicht oder nicht in vollem Umfange über genügend eigene Mittel, um die Kosten für die Baumaterialien bzw. Baulöhne über das von ihm einzubringende Eigenkapital hinaus bis zum Fließen der Hypothekenvaluten vorzuschießen. Andererseits können die Handwerker und Lieferanten auf die Befriedigung ihrer Forderungen aus den ihnen erteilten Aufträgen nicht bis zu diesem Zeitpunkt warten, ganz abgesehen davon, daß sie es auch nicht sollen, da zur Finanzierung der Bauten, wie schon erwähnt, andere Stellen als sie berufen sind.

Es wird daher in der Regel die Aufnahme eines sogenannten Bauzwischenkredites notwendig. Diese Zwischenkredite sollen später mit den Mitteln der Dauerfinanzierung abgedeckt werden. Die Gewährung des Bauzwischenkredites ist mit einem nicht unerheb-

lichen Risiko verbunden. Das mag näher erläutert werden: Die Erstellung eines Mietswohnhauses kostet z. B. RM 100000.— Ein Realkreditinstitut, z. B. Hypotheken- oder Rentenbank, Pfandbrief- oder Versicherungs-Anstalt, Sparkassen, Stadt- und Landschaften, hat sich bereit gefunden, die Beleihung mit RM 75000.—[1] durchzuführen. Die restlichen 25% muß der Bauträger selbst einschießen. Hierzu ist er zur Not noch in der Lage, nicht aber, die in Aussicht gestellte Hypothek zu bevorschussen. Es besteht also immer die Gefahr, daß dem Bauträger die eigenen Mittel ausgehen und der Bau stecken bleibt. Die weitere Folge hiervon ist, daß der Hypothekar seine Darlehnszusage zurückzieht und ein den aufgewendeten Mitteln nicht entsprechender Bautorso übrigbleibt. Es ist daher selbstverständlich, daß das Zwischenkreditinstitut, das auf die endgültige Hypothek bis zu deren Valutierung einen Zwischenkredit gewähren soll, am Baugrundstück dinglich gesichert wird. Aber hiermit ist es allein noch nicht getan. Der Zwischenkredit kann nur gemäß Baufortschritt nach vorher genau errechneten, den Bauphasen entsprechenden Raten zur Auszahlung gebracht werden, und zwar erst dann, wenn der Bauträger das Eigenkapital verbaut hat. Damit ist die Gefahr des Steckenbleibens auf ein Mindestmaß zurückgeschraubt, denn nun wird der Zwischenkredit ausreichen, um den Bau zu vollenden.

Das Bedürfnis nach dinglicher Sicherung kann dadurch befriedigt werden, daß sich der Zwischenkreditgeber zur Sicherung seines kurzfristig gewährten Darlehns eine Grundschuld, eine Hypothek oder auch eine Höchstbetragshypothek eintragen läßt[2]. Diese Art der Sicherung des Zwischenkredites hat jedoch erhebliche Nachteile. Soll nämlich die endgültige von einem Realkreditinstitut vor Baubeginn zugesagte Hypothek valutiert werden, so muß das Grundpfandrecht des Zwischenkreditgebers gelöscht werden. Die Eintragung einer Grundschuld oder einer Hypothek für den Zwischenkreditgeber, die bestimmungsgemäß nach kurzer Zeit wieder gelöscht werden muß, bedeutet aber eine überflüssige und zeitraubende Belastung der Grundbuchämter.

---

1) Die höchstmöglichste Beleihungsgrenze, die nur dadurch erreicht werden kann, daß das Reich für die über 40 evtl. 50% des Bau- und Bodenwertes hinausgehende Hypothek die Bürgschaft übernimmt. Diese Beleihungsgrenze kann auch durch Abschluß eines Bausparvertrages erreicht werden. Vor die von der Bausparkasse zu gewährende 2. Hypothek wird eine Fremdhypothek eingeschaltet.

2) In der Regel wird die Grundschuld gewählt, da im Streitfalle der Bauträger beweisen muß, daß die Grundschuld nicht valutiert ist, während bei der

Die doppelte Eintragung verursacht auch nicht unerhebliche Mehrkosten, die sich für den Fall, daß der endgültige Hypothekengeber seine Zusage von der Eintragung seiner Hypothek in das Grundbuch abhängig gemacht hat, durch die zugunsten des Zwischenkreditgebers notwendig werdenden Rangrücktrittserklärung weiter vermehren. Diese Mehrkosten verteuern unnötig den Neubau, so daß zur Erzielung der Rentabilität die Mieten notgedrungen erhöht werden müssen.

Bei der Suche nach einem Verfahren, das diese Nachteile vermeidet, ist man auf den Gedanken gekommen, das Bedürfnis des endgültigen Darlehnsgebers nach dinglicher Sicherung mit dem des Zwischenkreditgebers zu verbinden. Damit wird zugleich vorkommendenfalls die Forderung des endgültigen Hypothekars nach sofortiger Eintragung seiner vor Baubeginn zugesagten Hypothek dem Sicherungsbedürfnis des Zwischenkreditgebers dienstbar gemacht.

Im Augenblick der Zwischenkreditgewährung ergibt sich also die folgende Sachlage:

Für das zwar zugesagte, aber noch nicht valutierte Dauerdarlehn ist im Grundbuch an erster Rangstelle eine Briefhypothek eingetragen. Da die Hypothek für eine künftige Forderung bestellt worden ist (§ 1113, Abs. 2 BGB), erlangt der eingetragene Gläubiger erst mit der Entstehung der Forderung, d. h. also mit der Valutierung, die Hypothek. §§ 1163 Abs. 1, 1177 BGB. Während des Schwebezustandes steht dem Eigentümer eine sogenannte vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zu.

Diese Eigentümergrundschuld läßt sich nun der Zwischenkreditgeber zusammen mit dem Anspruch auf Auszahlung des Hypothekendarlehns unter Uebergabe des Hypothekenbriefes von dem Bau-

---

Hypothek der Zwischenkreditgeber beweisen müßte, daß er die Hypothek durch Valutierung erworben hat. Außerdem glaubt man, dass, solange die Hypothek noch nicht oder noch nicht in vollem Umfange valutiert ist, die gem. § 1163 I, 1 BGB bestehende Eigentümergrundschuld von andern Gläubigern des Grundstückseigentümers gepfändet werden kann. Hierin liege aber, so argumentiert man, eine Gefahr für den Zwischenkreditgeber; denn er könne nun den Zwischenkredit nicht oder nicht mehr weiter auszahlen. Damit dürfte aber der Bau stillgelegt sein, die Hypothek nicht zur Auszahlung gelangen und der Zwischenkredit nicht abgedeckt werden können. Diese Bedenken bestehen zu Unrecht; denn auch der Zwischenkreditgeber hat ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Erwerb der Hypothek, das ihm nicht genommen werden kann. Die Höchstbetragshypothek wird deshalb nicht gewählt, weil sie sich, da Buchhypothek, schlecht zur Refinanzierung verwerten läßt.

träger abtreten[3]). Hierdurch soll erreicht werden, daß der Zwischenkreditgeber Grundschuldgläubiger wird und in jeder Beziehung die Stellung des Eigentümers einnimmt; d. h. also, daß er die Eigentümergrundschuld zunächst als „vorläufige"[4]), durch das Valutierungsrecht des Gläubigers auflösend bedingt erwirbt, die ihm dann, wenn der Hypothekengläubiger erklärt, er valutiere nicht, als endgültige Eigentümergrundschuld zusteht, so daß er von diesem Augenblick ab den Berichtigungsanspruch gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger geltend machen kann.

Dieses Verfahren vermeidet die oben geschilderten Nachteile. Durch die vor Baubeginn vorgenommene Eintragung der zugesagten Hypothek werden sämtliche zeitraubenden Grundbucheintragungen ein für allemal erledigt, so daß von nun ab das Verfahren sozusagen von allein abrollt. Nach Vollendung des Baues, d. h. also in der Regel nach amtlicher Gebrauchsabnahme und endgültiger Abschätzung durch den Bausachverständigen des Hypothekars, erhält dieser — evtl. unter Einschaltung eines Notars — den Hypothekenbrief zurück mit der Auflage, hierüber nur Zug um Zug gegen Auszahlung der Hypothekenvaluta an den Zwischenkreditgeber zu verfügen. Mit der Zahlung erwirbt der endgültige Darlehnsgeber die Hypothek.

Das Verfahren hat wegen seiner Einfachheit und Billigkeit weitestgehende Verbreitung gefunden. Hierin ist in letzter Zeit eine Wandlung eingetreten.

Es wird nämlich bestritten, daß die zur Sicherung des Zwischenkreditgebers abgetretene auflösend bedingte Eigentümergrundschuld durch die Valutierung des Hypothekengläubigers für diesen vollwertige Hypothek werden könne; denn, so wird behauptet, die Valutierbarkeit sei durch die Abtretung vernichtet worden.

Diese Behauptung ist geeignet, den gesamten Realkredit zu erschüttern, denn, ist sie richtig, so dürften die Institute, die auf Grund des geschilderten Verfahrens ihre Hypotheken zur Auszah-

---

3) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß in der Praxis die Abtretung unter der auflösenden Bedingung erfolgt, daß die abgetretene Grundschuld an den Eigentümer zurückfällt und sich gleichzeitig in eine Hypothek für den Darlehnsgeber verwandeln soll, sobald und soweit dieser valutiert. Außerdem wird die Abtretung des Berichtigungsanspruchs und der Verzicht auf die Rechte aus § 1160 BGB verlangt.

4) Auf den Ausdruck „vorläufige" Eigentümergrundschuld wird noch später einzugehen sein; zunächst soll dieser Ausdruck hier ohne nähere Erläuterung gebraucht werden.

lung gebracht haben, heute ohne dingliche Sicherung sein. Die Folgen hiervon sind ungeheuerlich und unvorstellbar. Die Summe, die auf die geschilderte Weise zur Auszahlung gelangt ist, dürfte in die Milliarden gehen. Es erscheint daher angebracht, zu dem im Hinblick auf die Stellung des eingetragenen Hypothekengläubigers vor Valutierung und für die Sicherung des Bauzwischenkredites bedeutsam gewordenen Problem der Abtretbarkeit der sogenannten vorläufigen Eigentümergrundschuld eingehendst Stellung zu nehmen, um so einen Beitrag zur Klärung der Sachlage zu leisten.

Hierzu ist es zunächst notwendig, die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld, die schon von jeher in Rechtsprechung und Schrifttum Gegenstand lebhafter Erörterungen gewesen ist, festzustellen; denn von dieser Feststellung wird die Beantwortung der Fragen, ob die sogenannte vorläufige auflösend bedingte Eigentümergrundschuld abgetreten werden kann und welche Wirkungen gegebenenfalls die Abtretung zeitigt, abhängen. Das zwingt wiederum zu einem Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Eigentümergrundschuld.

Hauptteil.

A. Die geschichtliche Entwicklung des Eigentümerpfandrechts.

1. Römisches Recht.

Das römische und das ältere deutsche Recht kommen für unsere Frage nicht so sehr in Betracht, weil sie das Institut der Pfand- bezw. Grundbücher nicht kennen. Dennoch mag hier in Kürze einiges über die Eigentümergrundschuld des römischen und des deutschen Rechts ausgeführt werden, da später auf die rechtliche Natur der heutigen Eigentümergrundschuld eingegangen werden muß und die Wurzeln derselben bis in das deutsche und, insofern sie „abwehrend gegen die Angriffe nachstehender Realberechtigten wirkt,"[1] auch in das römische Recht zurückreichen.

Das römische Recht wird von dem Grundsatz beherrscht, daß eine Eigentümergrundschuld, d. h. ein Pfandrecht an eigener Sache nicht bestehen kann. Diese Regel kommt zum Ausdruck in dem Satz „neque pignus . . . rei suae consistere potest"[2]. Das Pfandrecht erlischt, wenn sich Eigentum und Pfandrecht in einer Hand vereinigen. Diese Auffassung hängt mit der Lehre von der Totalherrschaft des Eigentums zusammen. Das Eigentum war hiernach die machtvollste Herrschaft einer Person über eine Sache. Neben ihm sind beschränkte Rechte des Eigentümers an derselben Sache nicht denkbar. Hinzu kam, daß ein Pfandrecht nur zur Sicherung einer Forderung bestellt werden konnte und, da der Eigentümer eine Forderung nicht gegen sich selbst haben konnte, so war auch wegen seiner akzessorischen Natur ein Pfandrecht an der eigenen Sache nicht denkbar.

Dieser Grundsatz wird allerdings durch einige wenige Ausnahmen in den Quellen durchbrochen,[3] vor allem in I, 30 § 1 D de exc. rei judic. 44,2 (I Latinus Largus).[4] Sie betreffen die

1) Vgl. Bruck S. 14.
2) I 45, D 50, 17.
3) I 59 (61) pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1; I 19 D. qui pot. 20, 4; I, 3 § 1 D de distr. pign. 20, 5.
4) Schauer S. 15 ff.

Fälle, daß ein vorgehender Pfandgläubiger das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, daß der Eigentümer ein vorgehendes Pfandrecht hat oder daß ein Dritter gleichzeitig das Eigentum an der Pfandsache und ein vorgehendes Pfandrecht erlangte. Ueber die Auslegung gerade dieser 3 Fälle herrscht jedoch im Schrifttum Streit. Die angeführten Quellenstellen haben die verschiedensten Deutungen erfahren. Als erster hat v. Wening-Ingenheim [5] die Behauptung aufgestellt, daß in den Quellen ein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkannt sei.

Diese Ansicht hat viele Gegner, die sie ablehnen. Manche gehen soweit, daß sie dieses Pfandrecht an eigener Sache für einen „monströsen Begriff" halten, der durchaus nicht in das System des corpus juris hineinpasse.[6] Es kann nun nicht im Rahmen dieser Abhandlung unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Streitmeinungen zu erörtern. Trotz der vielen Deutungen halte ich gerade diese Stellen für Belege dafür, daß das römische Recht auch ein Pfandrecht an der eigenen Sache kannte, nur daß gerade in den drei strittigen Fällen Anklänge an das Eigentümergrundpfandrecht vorhanden sind. Zwar meint Dernburg,[7] daß dem Pfandgläubiger, der das Eigentum an der verpfändeten Sache erworben hat, nur diejenigen Sicherungsmittel erhalten würden, die er vorher als vorstehender Pfandgläubiger gegenüber dem nachstehenden besessen habe. Aber das läuft doch praktisch darauf hinaus, daß der Pfandgläubiger und jetzige Eigentümer ein wirkliches Pfandrecht an der eigenen Sache besitzt. Diese Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß es kein Pfandrecht an der eigenen Sache gibt, findet auch ihre Rechtfertigung, und zwar besonders in praktischen Gründen, da das Pfandrecht an der eigenen Sache zur Aufgabe hat, Schutz gegen nachstehende Pfandgläubiger zu gewähren.[8] Damit kann also festgestellt werden, daß bereits das römische Recht ein Rechtsgebilde kannte, das mit dem Eigentümergrundpfandrecht nach dem BGB zu mindest gewisse Wesensähnlichkeit besaß.

2. Deutsches Recht.

Das Deutsche Recht teilte das Grundstück in sonderrechtsfähige Wertparzellen auf. Ein im Eigentum eines Einzelnen stehendes Grundstück konnte mit mehreren Pfandrechten belastet werden.

5) S. 138 ff.
6) Puchta a. a. O. S. 296.
7) Dernburg Pandekten 5. Aufl. S. 570, 571.
8) D. I 17 qui pot. 20, 4 eatenus tuendum, quatenus ad priorem ex pretio pervenit.

Jedoch haftete dem Berechtigten nicht das ganze Grundstück, sondern nur eine bestimmte Wertparzelle des Grundstücks. Fiel ein Vormann aus, ro rückte der Nachmann nicht auf. Die Stelle blieb leer. Der Eigentümer konnte über sie anderweitig verfügen.

3. Preußisches Recht.

Die Eigentümerhypothek hat sich, so wie sie heute im Deutschen Recht besteht, aus dem preußischen Recht entwickelt. Ihre Spuren reichen weit zurück. Genannt sei hier insbesondere das Hanseatische Handfestenwesen. In Bremen war es schon von Jahrhunderten möglich, daß ein Grundeigentümer von vornherein für künftigen Bedarf Handfesten „willigen" ließ. Das war zunächst nur unter Vorschiebung eines fingierten Rentenkäufers möglich. Später erfuhr dieser Brauch seine rechtliche Bestätigung in der Bremischen Erben- und Handfestenordnung vom 19. Dezember 1833[9]).

3 a) A. L. R.

Dem Allgemeinen Landrecht war die Eigentümerhypothek noch unbekannt. Die Vorschriften I 20, § 411 und I 20 §§ 522, 524 bestimmten nur, daß eine Hypothek mit der Eintragung entstehe und mit der Löschung ihre Wirksamkeit verliere. Eine Regelung dahingehend, was in der Zeit zwischen Untergang der Forderung und der Löschung zu gelten habe, fehlt jedoch. Dieser Mangel wurde erst durch das königliche Reskript vom 11. August 1802 behoben, das hinter I 16 § 484 als Anhang die folgende Bestimmung einschob:

„Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängige Löschung erfolgt ist und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen andern abtreten."

Damit war zum ersten Male deutlich ausgesprochen worden, daß im Falle echter Konfusion (Vereinigung der Hypothek und des Eigentums in einer Hand) die Hypothek auf den Eigentümer übergehen soll, und zwar trat dieser Uebergang auch dann ein, wenn der an sich untergangsreifen Hypothek andere Hypotheken nicht folgten.

9) Hedemann S. 262 ff, insbes. auch Anm. 154.

Mit dieser Bestimmung war der weit häufigere Fall der Rückzahlung der Hypothek nicht getroffen worden. Das geschah erst durch die Deklaration vom 3. April 1824, die bestimmte, daß der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt und die Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine formelle Zession oder nur eine Quittung erteilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre.

Diese Bestimmung ist in der Praxis auf alle Fälle angewendet worden, in denen der Gläubiger überhaupt verschwindet, wie z. B. bei Erlaß.[10])

3 b) Preußisches Eigentumserwerbsgesetz.

Das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 ging nun in Anlehnung an das Mecklenburgische Recht, welches seinerseits wiederum mit vielen Hanseatischen Erscheinungen in Verbindung stand, noch einen Schritt weiter und gestattete im § 27 dem Eigentümer, von vornherein auf seinen eigenen Namen eine Geldschuld eintragen zu lassen. Damit hatte der Gedanke, daß die infolge von Konfusion oder Befriedigung auf den Eigentümer übergehende Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandle, Eingang in das preußische Recht gefunden.

4. Geltendes Recht.

Die Durchbildung der Eigentümergrundschuld als neuen Typus blieb jedoch dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorbehalten.

Der Entwurf I spricht im § 1092 — dem Vorbild des römischen Rechtes folgend — noch als Regel aus, daß mit dem Erlöschen der Forderung auch die für dieselbe bestehende Hypothek erlösche, weist aber zugleich darauf hin, daß diese Regel nicht ohne Ausnahme sei. Diese Ausnahmen werden in dem § 1094 näher aufgeführt.

Hier ist insbesondere der Absatz III interessant, in dem zum ersten Male der Name Eigentümer-Hypothek auftaucht. Diese Vorschrift bestimmt nämlich u. a., daß, wenn der den Gläubiger

10) Hedemann a. a. O.

befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, die Hypothek auf ihn übertragen werde.

Die §§ 1070 und 1146 der Entwürfe II und III stimmen mit dem § 1163 BGB wörtlich überein.

Damit hat sich die Eigentümergrundschuld durchgesetzt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Fälle, in denen Eigentumspfandrechte ⟨Eigentümer-Hypothek bezw. Eigentümer-Grundschuld⟩ entstehen, gegenüber dem preußischen Rechte ⟨E. E. G. §§ 63—66⟩ erheblich vermehrt, so daß das Prinzip der festen Pfandstellen des deutschen Rechtes wirtschaftlich gesehen nahezu erreicht ist. Es besteht in der Regel für den Nachmann keine Möglichkeit mehr, aufzurücken, wenn die ihm vorgehende Post dem Vormann nicht mehr zustehen kann. Trotzdem kann keine Rede davon sein, daß das System der festen Pfandstellen dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrundeliegt. Das ist besonders klar in Motive III S. R. Seite 737 zum Ausdruck gekommen indem dort gesagt wird, daß die Hypothek nach dem Entwurfe eine Belastung des Grundstücks ist, von welcher die Sache selbst in ihrer Totalität in allen ihren Teilen ergriffen wird, und zwar dergestalt, daß das dingliche Recht des Gläubigers, wenn andere Hypotheken mit besserem oder gleichem Range an dem Grundstück bestehen, hierdurch zwar in der vollen Bestätigung seiner Macht über die Sache gehemmt wird, keineswegs aber einen an dem Gegenstand dieser Hypothek verschiedenen Gegenstand erhält[11]⟩.

In der Tat kommen auch heute noch Fälle des Aufrückens der Nachmänner vor, z. B. dann, wenn die Vorhypothek unwirksam ist. Letzteres ist der Fall, wenn es an der Einigung fehlt oder der dingliche Vertrag nichtig oder anfechtbar ist. Zwar ist die Frage, ob in diesen Fällen eine Eigentümergrundschuld entsteht, bestritten. Sie wird aber mit der herrschenden Lehre und dem Reichsgericht zu verneinen sein. Ein Antrag, die Eigentümergrundschuld hier zuzulassen, ist bei der zweiten Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem Hinweis abgelehnt worden, daß die Zulassung der Eigentümer-Hypothek auch für diese Fälle eine Ueberspannung des Prinzips bedeuten würde[12]⟩.

11⟩ Prot. II 3, S. 614, 726; Staudinger, Sachenrecht S. 1329 ⟨III, 2⟩ Plank Sachenrecht S. 758, RG 60, 254.

12⟩ Prot. III 603/4.

Die Anerkennung der Eigentümer-Hypothek in den hier in Rede stehenden Fällen würde also eine Nichtbeachtung des Willens des Gesetzgebers bedeuten. Sie muß daher abgelehnt werden.[13]

Ist also eine eingetragene Hypothek aus den oben angeführten Gründen nichtig, so rücken die Nachmänner auf. Hier zeigt sich deutlich, daß der Grundsatz der Haftung des ganzen Grundstücks noch heute unser Hypothekenrecht beherrscht[14].

Die Eigentümerpfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches nun zerfallen in zwei Gruppen, nämlich in:

a) die Fälle, in denen sich eine bestehende Hypothek in ein Eigentümerpfandrecht verwandelt.

Hierher gehören beispielsweise:

1. der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, § 1168 BGB,
2. das Erlöschen der Hypothekenforderung, gleichviel aus welchem Grunde, § 1163 I, 2 BGB,
3. der Ausschluß des Rechtes des Hypothekengläubigers gemäß § 1170 BGB.

b) die Fälle, in denen sofort von vornherein ein Eigentümerpfandrecht, eine ursprüngliche Eigentümergrundschuld, zur Entstehung gelangt. Es sind dies, abgesehen von § 1196 die Fälle der §§ 1117 und 1163 I S. 1 BGB, wobei die letztgenannte Vorschrift unbedenklich auch auf die Fälle anzuwenden ist, in denen die durch die eingetragene Hypothek zu sichernde Forderung noch nicht entstanden ist, aber nach dem Willen der Parteien in einem späteren Zeitpunkt entstehen soll. Es handelt sich hier um den Fall, dessen Problematik hinsichtlich der Wirkung der Abtretung der Eigentümergrundschuld zu der vorliegenden Arbeit Veranlassung gegeben hat.

Rechtslehre und Rechtsprechung haben sich angewöhnt, hier von vorläufigen oder auch vorläufigen auflösend bedingten Eigentümergrundschulden zu sprechen, wobei mit vorläufig der bis zur Entstehung der Forderung bestehende Schwebezustand gekennzeichnet werden soll, und weil das dem Eigentümer zustehende Recht nur in der Form der Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangen kann. [15]

In diesem Sinne soll auch im Folgenden der Ausdruck „vorläufige Eigentümergrundschuld" verwendet werden.

13) Vgl. Staudinger, Sachenrecht, III, 2 S. 1270 und die dort angegebene Literatur.

14) So schon RG, Bd. 60 S 254.

15) RG Band 153/37 Nr. 23.

Ob das dem Eigentümer zustehende Recht eine Eigentümerhypothek oder aber eine Eigentümergrundschuld ist, hängt unbeschadet der irreführenden [16]) Ausdrucksweise des BGB's allein davon ab, ob dem Eigentümer auch die durch die Hypothek gesicherte Forderung zusteht oder nicht. Erwirbt der Eigentümer die Hypothek samt der bestehenden Forderung, und das wird dann der Fall sein, wenn der befriedigende Eigentümer nicht auch zugleich persönlicher Schuldner ist, so bleibt die Hypothek ihren wesentlichen Merkmalen nach „Hypothek." Das dem Eigentümer zustehende Recht ist eine Eigentümer-Hypothek. Erwirbt dagegen der Eigentümer nur das dingliche Recht an seinem Grundstück, wie z. B. beim Untergang der Forderung, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld.

Der Eigentümer erwirbt hier also eine Eigentümergrundschuld.

Der Fall der Eigentümer-Hypothek wird selten praktisch. Er tritt hauptsächlich dann ein, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt, allerdings auch hier nur unter der Voraussetzung, daß der Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht identisch sind, da andernfalls durch eine solche Vereinigung regelmäßig die Forderung untergehen und der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer sich schon aus § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben würde.

Die rechtliche Stellung des Inhabers einer Eigentümergrundschuld ist von derjenigen des Erwerbers einer Eigentümer-Hypothek nicht wesentlich verschieden. Der praktisch wichtigste Unterschied ergibt sich bei der Verfügung des Eigentümers über das von ihm erworbene Eigentümerpfandrecht. Hat der Eigentümer eine Eigentümer-Hypothek erworben, so kann er ihr gemäß § 1180 BGB eine andere Forderung unterlegen. Ist der Eigentümer dagegen Inhaber einer Eigentümergrundschuld, so ist eine Forderungsauswechslung nicht möglich, sondern nur die Umwandlung in eine Hypothek, die — wie angenommen wird — nicht ohne gleichzeitige Abtretung der Eigentümergrundschuld erfolgen kann.[17])

16) Der Wortlaut des Gesetzes ist verschieden. §1143 Abs. 1 BGB sagt, daß die Forderung auf den Eigentümer übergehe; §§ 1168, 1170, 1171 Abs. 2, i. Verbindung mit §§ 1143 und 1163, 173 BGB und 868 ZPO sprechen davon, daß die Hypothek dem Eigentümer zustehe oder der Eigentümer die Hypothek erwerbe, und schließlich § 1177 BGB, der die Worte gebraucht: die Hypothek verwandle sich in eine Grundschuld.

17) K. G. 45, A 282.

Im übrigen richtet sich die Rechtsstellung des Inhabers einer Eigentümer-Hypothek nach den für die Eigentümergrundschuld geltenden Bestimmungen. (§ 1177 Abs. 2 BGB).

Die Untersuchung der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld soll Gegenstand des nächsten Kapitels sein.

B. Inhalt und rechtliche Natur der Eigentümergrundschuld.

1. Inhalt.

Der Inhalt der Eigentümergrundschuld ist aus den §§ 1177 und 1197 BGB zu entnehmen. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß sie sich von dem Inhalt des einem Fremden zustehenden Grundpfandrechtes nur in zwei Punkten unterscheidet, nämlich:

1. Der Eigentümer kann nicht selbst zum Zwecke seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben. § 1197 Abs. 1 BGB.
2. Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist und auch dann nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. § 1197 Abs. 2 BGB.

Anderen Beschränkungen als den genannten ist der Eigentümer nicht unterworfen. Er kann also seine Eigentümergrundschuld abtreten, verpfänden oder aufgeben. Die Frage, inwieweit er über die vorläufige Eigentümergrundschuld verfügen kann, soll später beantwortet werden.

2. Die Rechtsnatur und die einzelnen Theorien.

So klar nun der wirtschaftliche Zweck der Eigentümergrundschuld [18] ist — es soll das unverdiente Aufrücken der Nachmänner verhindert werden,[19] —

18) Die heutige Kreditgestaltung strebt danach, sich über die Absicht des Gesetzgebers hinwegzusetzen. Der Kreditgeber der 2. Hypothek ist in der Regel als der wirtschaftlich Stärkere bestrebt, die Entstehung der Eigentümergrundschuld vertraglich auszuschliessen, indem er von dem Grundstückseigentümer verlangt, daß sich dieser verpflichte, die vorstehende Hypothek bei Fortfall löschen zu lassen. Der Kretitgeber will also mit seiner Hypothek in die bessere Rangstelle aufrücken. Diese schuldrechtliche Verabredung wird durch eine entsprechende Vormerkung im Grundbuch gesichert. Dadurch hat die Eigentümergrundschuld heute an praktischer Bedeutung eingebüßt.

19) Prot. II Bd. 3, S. 599—601.

unverdient deshalb, weil sich diese wegen des schlechteren Ranges ihrer Hypothek, andere Vorteile, z. B. höhere Verzinsung, versprechen lassen,

so stark umstritten ist ihre rechtliche Natur. Man kann die verschiedenen Auffassungen von der Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld in drei Gruppen einteilen:

Die erste Gruppe der Schriftsteller sieht in der Eigentümergrundschuld eine echte Belastung. Sie sei nicht Eigentum, auch nicht ein eigenartiges dingliches Recht. Das fortbestehende dingliche Recht gehe auf den Eigentümer über und sei wirkliche Hypothek oder Grundschuld.[20].

Die zweite Gruppe der Schriftsteller behauptet, das System der festen Stellen sei im BGB durchgeführt und meint daher, die Wertparzelle, die den Inhalt der Eigentümergrundschuld bilde, sei unbelastetes Eigentum. Der Eigentümer habe ein Recht auf den durch eine bestimmte Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstückes (sog. Wertparzellentheorie).[21])

Die Vertreter der dritten Ansicht fassen die Eigentümergrundschuld als ein mit Eigentumsinhalt gefülltes, aber dem Eigentümer gegenüber verselbständigtes begrenztes Recht an eigener Sache auf[22]).

Gierke definiert, das Eigentümerpfandrecht sei seinem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, seinem objektiven Bestande nach aber sei es verselbständigt in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes[23]).

Eine zwischen der zweiten und dritten Lehrmeinung vermittelnde Ansicht vertritt Triebel, der auch annimmt, die Eigentümergrundschuld sei Eigentum, aber nicht nur ihrem subjektiven, sondern auch ihrem objektiven Bestande nach. Er glaubt, das Wesen der Eigentümergrundschuld von dem Grundsatz der festen Stellen aus erfassen zu müssen und kommt zu der folgenden Begriffsbestimmung:

Die Eigentümer-Hypothek ist das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuldrangstelle[24]).

---

20) Vgl. insbesondere Planck Sachenrecht, Vorbem. vor § 1113 S. 758; Hartmann, Rechte an eigener Sache, S. 73 ff; Fuchs I S. 520.

21) Oberneck, Gruch. Beiträge Bd. 47 S. 306, Bd. 50, S. 551; derselbe Reichsgrundbuchrecht Bd. II, §§ 114, 115; ebenso in Z. f. H. R. Bd. 60, S. 548; Bd. 71, S. 566. Bruck, Eigentümerhyp. S. 154.

22) Gierke Sachenrecht S. 166, II. S. 921 ff.

23) Vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil II, 81; Staudinger, S. 1330; Kretzschmar Sachenrecht 539.

24) Vgl. G. B. O. II, S. 1840/2.

An weiteren Theorien, deren Einordnung in eine der drei Gruppen nicht möglich ist, sind noch zu nennen:

Endemann[25]), der in der Eigentümer-Hypothek ihrer materiellen Natur nach weder eine Hypothek noch eine Grundschuld sieht, sondern ein Eigentumsrecht „in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechtes" gegenüber den nachstehenden Rechten.

Nach Horn[26]) ist die Eigentümer-Hypothek eine wegen Vereinigung der forderungsbekleideten Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand unvollkommene Hypothek oder nicht voll wirksame Grundschuld, die dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen „defensiven", aber nicht die positiven objektiven Befugnisse eines besseren vorangehenden Pfandrechts gewährt.

3. Kritik und Stellungnahme zu den Theorien.

Die erste Theorie übersieht, daß die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer keine Sachherrschaft gewährt, die ihm nicht schon als Eigentümer zusteht. Die Auffassung der Eigentümergrundschuld als eine Belastung steht daher im Widerspruch mit dem Rechtsbegriff von Eigentum, das ja das Recht zur höchstmöglichen Sachherrschaft einräumt. Die Eigentümergrundschuld muß daher notgedrungen Eigentumsinhalt haben. Die Befugnisse, die die Eigentümergrundschuld für den Eigentümer begründen, können ihm nicht gegen sich selbst zustehen. Er hat sie schon in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Grundstücks.

„In Ansehung des subjektiven Rechtsverhältnisses besagt also das Eigentümerpfandrecht nicht, daß eine Beschränkung des Eigentums besteht, sondern daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums nicht besteht."[27]).

Die Eigentümergrundschuld ist daher ein mit Eigentum gefülltes Recht an eigener Sache, dessen Charakteristikum darin besteht, daß es dem Eigentum gegenüber aus bestimmten Gründen heraus verselbständigt worden ist. Durch die Verselbständigung wird der verselbständigte Teilinhalt des Eigentums in ein bestimmtes Rangverhältnis zu anderen am Grundstück bestehenden begrenzten dinglichen Rechten gebracht. Damit wird aber dem Eigentümer nicht ein „besonderes" Recht an eigener Sache zugesprochen, denn ein Rangverhältnis ist kein Rechtsverhältnis.[28])

25) Endemann 2, 735.

26) Horn, Die Eigentümer-Hypothek in den Leonhardschen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes Heft 19.

27) Gierke § 166, II.

28) Gierke a.a.O.

Der verselbständigte Teilinhalt des Eigentums enthält nichts, wie hier noch einmal betont sein mag, was nicht vom Eigentum an sich mitumfaßt wird. Die Verselbständigung ist nötig, um dem Eigentumsstück im Verhältnis zu anderen Eigentumsstücken, die zu Gunsten Dritter abgesplittert worden sind (Hypotheken und ähnliche Belastungen), einen besseren Rang zu geben, den es ohne die Verselbständigung nicht haben könnte.

Hieran wird auch nichts dadurch geändert, daß das Verfügungsrecht des Eigentümers über „sein Recht" in gewisser Hinsicht eingeschränkt ist, wie z. B. durch die Bestimmung, daß er nicht selbst die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück betreiben kann. Beschränkungen in der Verfügung über Rechte kommen in der Rechtsordnung allenthalben vor, ohne daß deren Rechtscharakter verloren geht.

Das Verbot des § 1197 Abs. 1 beruht nur darauf, die mißbräuchliche Ausübung eines Rechtes, das ja nur den Zweck hat, unberechtigtes Aufrücken der Nachmänner zu verhüten, zu verhindern.

Der Ausschluß des Zinsgenusses ist eine logische Folgerung aus dem Begriff des Eigentums, denn die Erträgnisse des Grundstücks stehen dem Eigentümer sowieso zu. Es wäre ein Unding, von ihm zu verlangen, daß er von den Erträgnissen seines Grundstücks beispielsweise einen dem Zinssatz der ehemaligen Fremdhypothek entsprechenden Anteil an sich selbst abführen soll. Außerdem würden die Zinsen als Belastungen des Grundstücks erscheinen, was ja gerade mit dem Begriff der Eigentümergrundschuld als Eigentumssplitter unvereinbar ist.

Diese Abweichungen von dem Inhalt eines Fremdgrundpfandrechtes nehmen der Eigentümergrundschuld nicht den Charakter eines Grundpfandrechtes überhaupt. Objektiv gesehen hat daher die Eigentümergrundschuld die Natur einer Grundschuld und nicht die Natur eines besonders gearteten dinglichen Rechtes, wie z. B. in der Gestalt eines Ausschließungsrechtes.

Es ist somit der zweiten Ansicht beizutreten. Die Ablehnung der anderen Theorien ergibt sich aus der obigen Darlegung. Es soll jedoch noch das Folgende nachgetragen werden:

Die Wertparzellentheorie kann schon deshalb nicht anerkannt werden, weil das deutsche System der festen Pfandstellen unserem heutigen Rechte, wie oben näher ausgeführt worden ist, nicht zugrunde liegt. Wäre sie richtig, so müßten, wenn eine Eigentümer-

grundschuld erlöschen würde, die aufrückenden Nachhypotheken Inhalt und Gegenstand verändern, denn nun würden ihnen ja andere Wertparzellen verhaftet sein.

Dem Hinweis Obernecks,[29]) daß seine Theorie nicht mit der alten Wertparzellentheorie verwechselt werden dürfe und sich mit dem Grundsatz der Belastung des Grundstückes in seiner Totalität sehr wohl vereinbaren ließe, ist zu entgegnen, daß, selbst wenn dies als richtig unterstellt wird, seine Theorie dennoch unbrauchbar ist.

Der „Wert" eines Grundstückes kann eine genügende Grundlage für die Begriffsbestimmung der Eigentümergrundschuld nicht abgeben, denn es kann nicht bestritten werden, daß der Eigentümer sein Grundstück auch dann noch mit Hypotheken belasten kann, wenn die Vorhypotheken den Wert des Grundstücks bereits erreicht haben, also für die überhängenden Hypotheken Wertteile nicht vorhanden sind.[30])

So kann insbesondere ein Gläubiger die Eintragung einer Zwangshypothek auf Grund eines vollstreckbaren Titels erwirken, obwohl das Grundstück offenkundig überbelastet ist.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß einem solchen Antrage stattgegeben werden muß. Nach Oberneck müßte er aber abgelehnt werden.[31])

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung kann somit das Folgende festgestellt werden:

Die Eigentümergrundschuld ist ein mit Eigentumsinhalt gefülltes, dem Eigentümer gegenüber verselbständigtes, begrenztes dingliches Recht an eigener Sache, das die Natur einer Grundschuld hat.

C. Das Anwartschaftsrecht des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers.

1. Aufzeigung des Problems. (Die Ansicht Ackermanns).

Bei dem hier zur Erörterung stehenden Verfahren zur Sicherung des Zwischenkredites ist davon auszugehen, daß es sich auch bei der sogenannten vorläufigen, auflösend bedingten Eigentümergrundschuld um ein gegenwärtiges begrenztes dingliches Recht an

29) Oberneck, Z. f. H. R. 60, 547.
30) Dernburg, Sachenrecht, 690, Z. 4.
31) Vgl. Güthe-Triebel a. a. O. 1842.

eigener Sache handelt. Demgemäß sind Verfügungen hierüber — wie später eingehend noch gezeigt werden soll — zulässig. Insbesondere herrscht Einigkeit darüber, daß das Recht des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek durch Valutierung und auch sein Buchstand nicht die Bedeutung eines Veräußerungsverbotes gemäß § 135 BGB haben[32].

Die Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld bei Buchhypotheken ist jedoch wegen formell-rechtlicher Bestimmungen nicht möglich. Hier steht § 39 GBO entgegen. Der Eigentümer kann während des Schwebezustandes nicht als Inhaber der Eigentümergrundschuld eingetragen werden.[33]

Die Ansicht, daß die vorherige Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer entbehrlich sei, weil das Grundbuch auch den Eigentümer als Berechtigten der Eigentümergrundschuld ausweise, ist abwegig. Der Gläubiger ist hier als künftiger Berechtigter eingetragen. Der im Widerspruch mit dem materiellen Recht stehende Buchstand ist vom Gesetzgeber zu Gunsten des Gläubigers bewußt in Kauf genommen worden. Der Eigentümer, der eine Hypothek vor Valutierung eintragen läßt, verzichtet damit gleichsam bis zu der Zeit der Valutierung bzw. Nichtvalutierung auf alle Verfügungen, die eine Mitwirkung des Grundbuchamtes erfordern. Außerdem dürfte die Eintragung von Doppelberechtigungen Verwirrung in das Grundbuch tragen, was aber, als dem Zweck der Einrichtung der Grundbücher gefährdend, vermieden werden muß.[34]. Die „vorläufige" Eigentümergrundschuld aus einer noch nicht valutierten Buchhypothek kann daher nicht abgetreten werden[35]. Daraus, daß dies aus grundbuchtechnischen Notwendigkeiten heraus nicht möglich ist, kann aber nicht geschlossen werden, daß auch die Abtretung der Eigentümergrundschuld bei Briefhypotheken nicht zuzulassen ist.[36] Die Abtretung bei Buchhypotheken ist nicht aus materiellen Gründen unmöglich. Es ist Ackermann durchaus beizustimmen, wenn er erklärt, daß durch die verschiedene äußere Form der Abtretung bei einer Briefhypothek nicht mehr Rechte übertragen werden können als bei der Buchhypothek. Das geschieht auch nicht. Wäre die

32) Vgl. Ackermann, D. N. Z. 36, S. 346; Thümmler ebenda S. 765; Ehrenforth J. W. 36, S. 3219; Recke J. W. 36 S. 3221; Lent Ak. f. Dt. R. 37, S. 41; RG 51, 118; 120, 112.

33) RG 75, 250; 97, 223; Staudinger Sachenrecht § 1163 Anm. 36.

34) Staudinger, Sachenrecht § 1190 S. 1391

35) Ehrenforth a.a.O.

36) So fälschlich Ackermann a.a.O. S. 359.

Abtretung der Eigentümergrundschuld bei Buchhypothen möglich, so würden nicht mehr Rechte als bei Briefhypotheken übertragen werden. Dadurch, daß das Gesetz die Uebertragung von Briefrechten erleichtert hat, ist die Abtretung der Eigentümergrundschuld bei diesen möglich geworden. Kann die Abtretung außerhalb des Grundbuchs erfolgen, so brauchen eben grundbuchrechtliche Formvorschriften nicht beachtet zu werden. Es geht aber nicht an, dies vom Gesetzgeber gewollte Ergebnis dadurch wieder zu verhindern, daß man, wie Ackermann, die Erschwerungen für die Buchrechte auf die Briefrechte ausgedehnt wissen will[37]. Würde sich aber der eingetragene Gläubiger auch nur wegen der beabsichtigten Zwischenkreditsicherung mit der Grundbuchberichtigung einverstanden erklären, so würde er seinen Buchstand und damit sein Anwartschaftsrecht verlieren. Die vorläufige Eigentümergrundschuld würde zur endgültigen werden und nicht mehr durch nachträgliche Valutierung zur Gläubigerhypothek werden können. Die Valutierbarkeit wäre — und das ist durchweg herrschende Lehre — endgültig vernichtet.

Demnach wird für die Sicherung des Zwischenkredites nur die durch Nichtvalutierung einer Briefhypothek entstandene „vorläufige" Eigentümergrundschuld verwendet. Diese kann gemäß § 1154 Abs. 1 BGB durch schriftliche Abtretungserklärung und Uebergabe des Hypothekenbriefes ohne vorherige Eintragung des Eigentümers als Inhaber des Eigentümerpfandrechtes abgetreten werden. Da diese Abtretung mit Zustimmung des endgültigen Kreditgebers vorgenommen wird, dieses auch vor Fertigstellung des Baues, d. h. als vor Valutierungsreife kein Interesse am Briefe hat, macht es keine Schwierigkeiten, den endgültigen Hypothekar zur Uebergabe des Briefes an den Zwischenkreditgeber zu bewegen.

Gegen diese Abtretung sind in letzter Zeit, insbesondere von Ackermann,[38] Bedenken erhoben worden. Ackermann argumentiert folgendermaßen:

Da die Buchstellung des eingetragenen Gläubigers keine Veräußerungsbeschränkung des Eigentümers nach sich ziehe und die Hypothekenbestellung für ein erst zu gewährendes Darlehn keine bedingte Verfügung ist, kann die Wirkung der Abtretung der Eigentümergrundschuld nur die sein, daß der Dritte eine endgültige Fremdgrundschuld erwirbt. Damit sei aber das Valutierungsrecht des Gläubigers vernichtet.

37) Dehne D.N.Z. S. 666; Thümmler D.N.Z. 766.
38) Ackermann a.a.O., S. 345 ff u. 631 ff.

Die Bestimmung des § 161 BGB, die dieses Ergebnis verhindern könnte, sei überhaupt nicht anwendbar, denn es handele sich hier, wenn man überhaupt von Bedingung sprechen wolle, nur um eine Rechtsbedingung, auf die die Vorschriften über Bedingungen nicht anwendbar seien.

Schließlich würde auch der von den Parteien erstrebte wirtschaftliche Erfolg durch das in der Praxis geübte Verfahren nicht erreicht, denn der Zwischenkreditgeber, der ein kurzfristiges Grundpfandrecht erstrebe, würde, wenn der Sicherungsfall eintritt, ein langfristiges erhalten. Dieses wäre aber für seine Zwecke wertlos.

Ackermann meint daher, daß sich die in der Hand des Zwischenkreditgebers befindliche Fremdgrundschuld durch Valutierung nicht mehr in eine Hypothek für den endgültigen Darlehnsgeber verwandeln könne. Dieser Erfolg könne nur durch Umwandlung gemäß § 1198 BGB erreicht werden.

Die logische Konsequenz dieser Ansicht ist, daß der Eigentümer dem Gläubiger die Aussicht, die Hypothek durch Valutierung zu erwerben, jederzeit durch Abtretung der „vorläufigen" Eigentümergrundschuld entziehen kann.[39])

Die Auswirkung dieser Ansicht ist schon oben angedeutet worden.

Die Ansicht Ackermanns ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, nicht haltbar.

2. Die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers.

Zu den aufgeworfenen Fragen kann mit Aussicht auf Erfolg nur Stellung genommen werden, wenn an den Ausgangspunkt der Betrachtung eine Untersuchung der zwischen dem Eigentümer und dem vor Entstehung der Forderung eingetragenen Hypothekengläubiger bestehenden rechtlichen Beziehungen gestellt wird.[40])

Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Die Parteien haben einen Darlehensvorvertrag geschlossen. Der Hypothekengläubiger hat dem Eigentümer zugesagt, diesem unter gewissen Voraussetzungen ein Darlehen zu gewähren. Der Eigentümer hat die Annahme des Darlehns und die Entrichtung der vereinbarten Zinsen versprochen. Weiter ist die Tilgung und Kündigung des Darlehns etc. geregelt worden. Sodann haben sich

39) Lent a.a.O., S. 37; Dehne Dt.Not.Z. 36, S. 666.
40) Lent a.a.O. S. 37: Thümmler Bk. Arch. 36 S. 440.

die Parteien über die Bestellung der Hypothek geeinigt. Die Hypothek ist in das Grundbuch eingetragen und der Hypothekenbrief ist dem Hypothekengläubiger ausgehändigt worden. Es ist somit mit einer Ausnahme alles getan worden, um die Hypothek zur Entstehung zu bringen. Es fehlt nur noch die Entstehung der Forderung. Die Entwicklung des Vollrechtes ist also sehr weit vorgeschritten. Es liegt ein im Entstehen begriffenes Recht vor. Die Entwicklung zum Vollrecht ist vollendet, wenn die einzig und allein noch ausstehende „Entstehungstatsache" hinzutritt, d. h., wenn die Bedingung, an die die Entstehung des gewünschten Tatbestandes geknüpft ist, also die Hypothek valutiert wird, eingetreten ist. Es handelt sich somit um ein sogenanntes Anwartschaftsrecht. Die Anwartschaft stellt eine Entwicklungsstufe zum Vollrecht dar. Es gilt, die Rechtsnatur der hier in Rede stehenden Anwartschaft festzustellen, insbesondere zu prüfen, ob die Anwartschaft selbst schon ein Recht ist.

2 a. Ein Vergleich zum Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung und die sich hieraus ergebende Schlußfolgerung für die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers.

Das Gesetz hat die Stellung des Hypothekengläubigers vor Valutierung nicht geregelt. Die Lösung der gestellten Frage muß daher in Anlehnung an allgemeine Rechtsgedanken und ähnlich gelagerte Fälle gefunden werden.

Das Gesetz bietet nun eine Fülle von Beispielen der sukzessiven Verwirklichung eines Tatbestandes. Genannt sei hier das Recht des Finders auf Erwerb der Fundsache. Er erwirbt das Eigentum an dem gefundenen Gegenstand nach Ablauf eines Jahres, ohne daß es irgendeiner Rechtshandlung des Finders bedarf. Es sei denn, daß sich vorher der Empfangsberechtigte gemeldet hat ‹§ 973 BGB›.[41]

Vor allem ist hier der Fall der bedingten Uebereignung zu nennen. Der Entstehungstatbestand der Anwartschaft aus bedingter Uebereignung liegt in der Uebergabe der Sache und der dinglichen Einigung über den bedingten Eigentumsübergang.

Dadurch, daß sich der Uebereigner bei der Uebergabe mit dem Vertragsgegner dahin einigt, daß mit dem Eintritt der Be-

41) Weitere Fälle bei Thur I S. 183/185, beachte auch §§ 937, 953/5 und 956 BGB.

dingung der Eigentumsübergang eintreten soll, erwirbt der bedingt Berechtigte eine Anwartschaft. Die Anwartschaft entfaltet sich zum Vollrecht, zum Eigentum, mit dem Eintritt der Bedingung, und zwar vollzieht sich dieser Vorgang kraft Gesetz § 158 BGB. Es kommt auf das Wissen der Parteien von dem Eintritt der Bedingung nicht an[42].

Die Frage, ob ein auf den Eintritt des gewollten Erfolges gerichteter Wille der Parteien noch im Zeitpunkte des Bedingungseintritts vorhanden sein muß[43], ist mit Holtz[44] zu verneinen. Denn der Wille der Uebereignung ist bereits bedingt erklärt[45].

Aus dem Gesetz ergibt sich auch, wie die „Aussicht" des aus bedingter Uebereignung Berechtigten zu beurteilen ist.

Der durch die Bedingung Belastete bleibt Inhaber des Vollrechtes, er ist also verfügungsberechtigt. Jedoch sind seine Verfügungen insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängende Wirkung beeinträchtigen oder vereiteln würden. (§§ 161 Abs. 1 und 2 BGB). Weiter ergibt sich aus § 160 BGB, daß der durch die Bedingung Belastete zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er während des Schwebezustandes das von der Bedingung abhängige Recht schuldhaft beeinträchtigt oder vereitelt.

Aus § 1922 Abs. 1 BGB, zumindest aber aus § 2313 BGB folgt, daß die Anwartschaft vererblich ist. § 2313 BGB bestimmt zwar, daß das bedingte Recht bei der Berechnung des Nachlasses zum Zwecke der Pflichtteilsfeststellung außer Ansatz bleiben soll; tritt die Bedingung aber ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Daraus ergibt sich, daß das bedingte Recht Teil des Vermögens ist. Es gehört zum Nachlaß im Sinne des § 1922 BGB. Daher gehört es auch im Konkurse des bedingt Berechtigten zu dessen Konkursmasse[46].

Das Gesetz behandelt also die Aussicht des aus bedingter Uebereignung Berechtigten wie ein Recht. Es muß somit ein Recht sein, und zwar ein subjektives Recht; denn es ist in das Ermessen des Rechtsinhabers gestellt, ob er von den Bestimmungen, die sein Recht schützen, Gebrauch machen will[47].

Ein Vergleich des Falles der bedingten Eigentumsübertragung mit dem hier zur Erörterung stehenden ergibt, wie insbesondere

42) Holtz S. 21/22 und die dort angegebene Literatur.

43) So noch das RG in Bd. 140 S. 223 ff und auch Schwister J.W. 33, S. 1857/9.

44) Holtz S. 22.

45) So auch Planck II 2, § 455, 2a; Oertmann II, 2 § 455 Anm. 2 und auch das RG in J.W. 25, 354.

46) Vgl. v. Thur, Allg. Teil I S. 184.

47) Holtz a.a.O. S. 24.

Lent[48]) hervorhebt, eine nicht zu übersehende Aehnlichkeit. Wenn der bedingt Eigentumsberechtigte das Volleigentum mit der Zahlung des Kaufpreises erwirbt, so fällt mit der Valutierung die Hypothek an den Gläubiger.

Diese Aehnlichkeit beider Fälle rechtfertigt daher schon die Annahme, daß die Anwartschaft des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers ein subjektives Recht sein muß.

Beide Tatbestände unterscheiden sich nur darin, daß es sich bei der bedingten Uebereignung um eine echte, rechtsgeschäftliche Bedingung handelt, während vorliegend der Eintritt des rechtlichen Erfolges von dem Eintritt einer Rechtsbedingung, d. h. von einem vom Gesetz geforderten Tatbestandsstück abhängig ist.

Dieser Umstand kann aber, wie Ackermann[49]) mit Unrecht annimmt, eine verschiedene rechtliche Beurteilung der beiden Anwartschaften nicht bedingen. Die Schlußfolgerung Ackermanns, die er aus der Tatsache, daß es sich hier um eine Rechtsbedingung handelt, zieht, ist ein Schulbeispiel einer rein konstruktiven Ueberlegung, die den Versuch, der Fortentwicklung des Rechtes gerecht zu werden, völlig vermissen läßt. Ob es sich nun um eine Rechts- oder um eine echte Bedingung handelt, kann gleichgültig sein. In beiden Fällen hängt die erstrebte Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab. Es ist daher nicht einzusehen, warum diese gleichgelagerten Fälle verschieden beurteilt werden sollen. Auch der Umstand, daß man sich gewöhnt hat, in derartigen Fällen von Rechtsbedingungen zu sprechen, beweist die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht[50]). Nun fragt es sich weiter, zu welchen Rechten die Anwartschaft des Hypothekengläubigers gehört. Auch bei dieser Untersuchung soll zunächst ein Blick auf den Fall der bedingten Uebereignung geworfen werden.

Wenn sich die Parteien dinglich über den Uebergang des Eigentums unter Uebergabe der Sache geeinigt und den Uebergang des Eigentums nur von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemacht haben, so ist damit die Anwartschaft entstanden. Diese ist gewissermaßen bedingtes Eigentum. Wie unbedingtes Eigentum aus unbedingter Uebereignung, so entsteht das bedingte Eigentum aus bedingter Uebereignung. Durch die Bedingung ist nicht das Wesen des Eigentums in Frage gestellt, sondern nur die Entstehung. Die Bedingung ist somit nicht geeignet, durch ihr Hinzutreten zu

48) Lent S. 38.
49) Ackermann S. 347.
50) Lent S. 38, Recke J.W. 36, 3221

dem Eigentum diesem seinen dinglichen Charakter zu nehmen.[51] Damit rechtfertigt sich der Schluß, daß das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung ebenso wie das Eigentum ein dingliches Recht ist.

Zur Festigung dieses Ergebnisses mag noch folgendes dienen:

§ 161 schützt die Rechtsstellung des bedingt Berechtigten unmittelbar dinglich, denn Verfügungen über den unter einer Bedingung übertragenen Gegenstand sind ja insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung beeinträchtigen oder vereiteln. Schließlich mag ein letztes Argument hinzugefügt werden:

Das Volleigentum ist das unbeschränkte Recht an der Sache. Wird es durch eine bedingte Verfügung eingeschränkt, so kann die dadurch dem Dritten eingeräumte Berechtigung an der Sache nur dinglicher Natur sein.[52]

Hierzu ist zu unserem Fall das Folgende zu sagen:

Eine „bedingte Hypothek" liegt nicht vor, denn diese ist bedingte Belastung. Entfällt die Bedingung, so ist für die Entstehung einer Eigentümergrundschuld kein Raum. Hier ist aber gerade gemäß § 1163 Abs. 1 BGB eine Eigentümergrundschuld entstanden. Diese ist jedoch keine normale Eigentümergrundschuld. Sie ist mit dem Valutierungsrecht des eingetragenen Hypothekengläubigers behaftet. Im Augenblick der Valutierung verschwindet sie, das Anwartschaftsrecht erstarkt zum Vollrecht. Es besteht ein Schwebezustand, der dem der bedingten Eigentumsübertragung völlig gleich gelagert ist. Da der Anwendung der Vorschrift des § 161 BGB auf diesen Fall, wie schon oben näher ausgeführt, Bedenken nicht entgegenstehen, kann der Eigentümer über die ihm zustehende Eigentümergrundschuld nicht mit der Wirkung verfügen, daß sie sich in eine endgültige Fremdgrundschuld verwandelt. Der Eigentümer hat durch Bestellung der Hypothek schon über sein Grundstück verfügt, nur ist die Wirkung dieser Verfügung hinausgeschoben. Er hat sich auch bei der Bestellung der Gläubigerhypothek mit dem Schwebezustand einverstanden erklärt. Ein Widerruf seiner Verfügung und damit eine Beendigung des Schwebezustandes ist ihm daher verwehrt.[53]

Abgesehen hiervon ist in unserem Grundbuchrecht der einseitige Widerruf einer dinglichen Einigung nicht vorgesehen. Der

51) Holtz S. 25.
52) Holtz S. 26 und die dort angegebene Literatur.
53) Lent S. 39.

Eigentümer hat also keine Möglichkeit, den Schwebezustand ohne Mitwirkung des Hypothekengläubigers zu beenden, dessen Recht einseitig zu beeinträchtigen oder zu zerstören. Vielmehr wird dessen Recht durch § 161 BGB dinglich geschützt. Schon damit dürfte erwiesen sein, daß das Anwartschaftsrecht des Hypothekengläubigers dinglicher Natur ist.

Die dingliche Natur des Anwartschaftsrechtes des Hypothekengläubigers kann aber auch anders begründet werden.

Wir haben oben von dem Voll- und dem bedingten Eigentum gesprochen und gesehen, daß der Hinzutritt der Bedingung dem Eigentum den dinglichen Charakter nicht nehmen und die dem Dritten unter einer Bedingung eingeräumte Berechtigung an der Sache nur dinglicher Natur sein kann. Das mag das Folgende noch einmal veranschaulichen.

Verkauft der Eigentümer eine Sache mit der Maßgabe, daß der Käufer erst mit der Bezahlung des Kaufpreises Eigentum erlangen soll, so hat der Verkäufer das Eigentum noch nicht verloren, der Käufer es noch nicht erworben. Beide stehen in Beziehung zu der Kaufsache. Der Schwebezustand wird durch Bezahlung bezw. Nichtbezahlung beendet. § 455 BGB. Genau so ist es auch hier.

Der Eigentümer hat dem endgültigen Darlehnsgeber an seinem Grundstück unter der Bedingung, daß dieser valutiere, eine Hypothek bestellt. Der Gläubiger hat noch keine Hypothek, der Eigentümer noch nicht die Kraft gesetzlicher Vorschrift entstandene Eigentümergrundschuld endgültig erworben. Beide haben etwas, aber noch nicht Endgültiges. Beider Erwerb hängt in der Schwebe. Der Schwebezustand wird beendet zu des einen oder andern Gunsten, je nachdem valutiert wird oder nicht.

Das Recht des Eigentümers, nämlich die Eigentümergrundschuld, ist eingeschränkt durch das Recht des Gläubigers, das Grundpfandrecht durch Valutierung zu erwerben. Da das Recht des Eigentümers dinglicher Natur ist, kann das Recht des Gläubigers notgedrungen auch nur dinglicher Natur sein.

b) Die Abhängigkeit des Eigentümerrechts von dem Gläubigerrecht und die sich hieraus ergebenden Schlußfolgerungen.

Die Abhängigkeit des Eigentümerrechts von dem Gläubigerrecht und umgekehrt, die gegenseitigen Wechselwirkungen und die

daraus zu folgernde dingliche Natur des Anwartschaftsrechtes mag das Folgende noch näher erläutern:

Es ist heute herrschende Lehre und entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, daß gemäß § 1163 Abs. 1 BGB nur dann eine Eigentümergrundschuld entstehen kann, wenn die Bestellung der Hypothek rechtswirksam erfolgt ist[54]).

Die auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ist also in ihrem Bestande von der Wirksamkeit der Hypothekenbestellung abhängig. Sie ist gleichsam nur ein vorübergehender Reflex der Hypothek.

Sie besteht nur, solange noch nicht die Hypothek entstanden, das Recht des Hypothekengläubigers noch nicht zum Vollrecht erstarkt ist. Aus diesem Grunde hat man sich angewöhnt, von einer „vorläufigen" Eigentümergrundschuld zu reden.

Man kann daher nicht davon sprechen, daß zuerst nur eine normale Grundschuld und keine Hypothek, und dann später eine normale Hypothek bestehen, sondern es bestehen während des Schwebezustandes nebeneinander eine „vorläufige" Grundschuld und eine Anwartschaft auf die Hypothek[55]).

Daß bei dieser Sachlage nicht nur die vorläufige auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, sondern auch die Anwartschaft des Gläubigers ein dingliches Recht ist, bedarf daher wohl keines Beweises mehr. Trotzdem sollen hier noch weitere Argumente für die dingliche Rechtsnatur der Anwartschaft des Hypothekengläubigers herangezogen werden.

c) Weitere Argumente für die Dinglichkeit des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers.

Es ist schon einmal darauf hingewiesen worden, daß hier Buch- und Sachstand auseinanderfallen und daß dieser Widerspruch

54) Staudinger, Sachenrecht, § 1163 S. 1270 und die dort angegebene Literatur, insbesondere RG in HRR 1932 Nr. 235; Lent S. 39.

55) Vgl. Lent, S. 39. Es erscheint jedoch zu weitgehend, wenn Lent a. a. O. von der vorl. Eigentümergrundschuld und dem Anwartschaftsrecht des Gläub. als von 2 Splitterrechten spricht, die erst zusammen ein Vollrecht, nämlich entweder eine „endgültige" Eigentümergrundschuld oder eine normale Hypothek ergeben. Denn die sog. vorläufige Eigentümergrundschuld ist kein Splitterrecht, das von dem Rechte eines andern abgespalten ist. Die Eig.-Grundschuld steht dem Eigentümer kraft Gesetzes zu und zwar als Vollrecht. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen endgült. Eigentümergrundschuld doch nur durch ihre begrenzte Lebensdauer und nur durch die Tatsache, daß Verfügungen über sie nur insoweit möglich sind, als das Anwartschaftsrecht des Gläubigers nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird. Das Recht des Eigentümers kann nur in der Form der R.G. der Eigentümergrundschuld. RG Bd. 153, Nr. 23.

im Interesse des Gläubigers vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen worden ist.

Das Auseinanderfallen des Buch- und Sachstandes hat zwei Folgen. Der Inhaber der Eigentümergrundschuld ist zwar materiell berechtigt, insoweit über sein Recht zu verfügen, als dadurch das Recht des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird. Aber selbst die zulässigen Verfügungen sind ihm bei der Buchhypothek wegen der Nichteintragungsfähigkeit seines Rechtes unmöglich.

Andererseits läßt die Nichteintragungsfähigkeit der vorläufigen Eigentümergrundschuld die noch nicht valutierte Gläubigerhypothek als echte Hypothek erscheinen. Der Buchstand begründet die Legitimation des eingetragenen Gläubigers, über das nicht eingetragene Eigentümerpfandrecht als Nichtberechtigter zu verfügen. Nutzt der vor Valutierung eingetragene Gläubiger diese Buchlegitimation aus, so erwirbt der gutgläubige Dritte die vorläufige Eigentümergrundschuld zwar nicht als Hypothek, denn eine Forderung besteht ja nicht, aber doch als endgültige Fremdgrundschuld. §§ 892, 1138 BGB.[56])

Andererseits ist ein gutgläubiger Erwerb der Eigentümergrundschuld durch einen Dritten vom Eigentümer nicht möglich.

Der Gläubiger, dessen Hypothek vor Valutierung eingetragen worden ist, hat daher eine viel stärkere Position als der nicht eingetragene Eigentümer als Inhaber der vorläufigen Eigentümergrundschuld. Wenn also die vorläufige Eigentümergrundschuld, obwohl sie mit schwächeren Wirkungen als die Anwartschaft des Gläubigers ausgestattet ist, ein dingliches Recht ist, so muß die Anwartschaft des eingetragenen Gläubigers, zu deren Gunsten die Auswirkungen der Eigentümergrundschuld abgeschwächt sind, erst recht ein dingliches Recht sein.

Der zur Erörterung stehende Fall ist doch im Grunde genommen nichts anderes als ein Fall des § 1113 Abs. 2 BGB, wonach auch für eine künftige Forderung eine Hypothek bestellt werden kann. Es wird nun aber nicht — und so müßte es sein, wenn Ackermann recht haben sollte — der Eigentümer als Inhaber der vorläufigen Eigentümergrundschuld, sondern sofort der zukünftige Hypothekengläubiger eingetragen. Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt daher zwingend, daß das Gesetz dem künftigen Hypotheken-

56) Letzteres ist nicht unbestritten. Reichsgericht Bd 137 S. 96 nimmt an, daß der Erwerber auf Grund der angezogenen Bestimmungen die Hypothek auch in Ansehung der Forderung gutgläubig erwirbt. Auf diese Streitfrage braucht, weil hier uninteressant, nicht eingegangen zu werden.

gläubiger mehr als nur ein obligatorisches Recht verschaffen wollte, nämlich ein dinglich geschütztes Anwartschaftsrecht, das ihm nicht ohne seine Einwilligung genommen werden kann.[57]

Anders ist die Tatsache der sofortigen Eintragung des künftigen Hypothekengläubigers in das Grundbuch gar nicht zu deuten, sonst müßte der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen werden und nicht der zukünftige Hypothekengläubiger.

Mit Recht hebt daher Lent[58] hervor: „daß die Annahme, der eingetragene Hypothekengläubiger habe keine dingliche Stellung, der nicht eingetragene Eigentümer dagegen ein dingliches Vollrecht, das Grundbuchrecht geradezu auf den Kopf stelle."

Schließlich soll noch einem letzten Einwand begegnet werden. Viele meinen,[59] die Ansicht von der Dinglichkeit des Anwartschaftsrechtes sei wegen der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte unrichtig. Die Schaffung neuer dinglicher Rechte laufe dem Zwecke des geschlossenen Kreises der dinglichen Rechte zuwider. Dieser Zweck bestehe darin, die Allgemeinheit zu schützen, damit sich ihre Glieder nicht bei der Verletzung der gegen jedermann wirkenden dinglichen Rechte schadensersatzpflichtig machen.

Diese Befürchtung besteht zu Unrecht, denn stärker als das Vollrecht kann die Anwartschaft die Allgemeinheit nicht beeinträchtigen.[60]

Vor allem und darauf kommt es an, ist das dingliche Anwartschaftsrecht des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers gar kein neues dingliches Recht. Es gehört schon von Anfang an zu ihnen. Es steht innerhalb der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte, denn zu ihnen gehören auch die erst bedingt bestehenden dinglichen Rechte.[61]

Das folgt einfach aus der Tatsache, daß das geltende Recht die stufenweise Entwicklung eines dinglichen Rechtes zuläßt, ja geradezu vorsieht.

Aber selbst wenn man der Ansicht, daß das hier in Rede stehende Anwartschaftsrecht innerhalb des geschlossenen Kreises der dinglichen Rechte stehe, nicht beizutreten vermag, so ist doch nicht einzusehen, warum man an einem Grundsatze festhalten soll, wenn die Weiterentwicklung des Rechtes die Durchbrechung dieses Grund-

57) Lent S. 38.
58) Lent S. 38.
59) S. z. B. Brandis, JW 31, 506, RG 140, 229.
60) Holtz 26.
61) So Holtz 26, für das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung.

satzes verlangt. Die Dinglichkeit des Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers wird doch nicht um seiner selbst willen anerkannt, sondern nur — einem praktischen Bedürfnis Rechnung tragend —, um den Erwerb der Hypothek durch den Berechtigten sicherzustellen. Dieser Zweck ist billig. Er kann nicht wie es vom Reichsgericht in Bd. 140 S. 229 geschieht, einfach mit dem Hinweis auf den Grundsatz der geschlossenen Zahl der beschränkten dinglichen Rechte vereitelt werden. Außerdem dürfte die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte — worauf Holtz S. 27 mit Recht hinweist, bereits durch Anerkennung des Sicherungseigentums, eines „Mitteldinges zwischen Eigentum und Pfandrecht"[62] durchbrochen sein.

Der Anerkennung des dinglichen Anwartschaftsrechtes des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers, das im übrigen älter ist als das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung[63] dürften daher Bedenken nicht entgegenstehen, insbesondere auch deshalb nicht, weil heute bei der Höchstbetragshypothek ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Erwerb der Hypothek allgemein anerkannt wird.

Da der Fall der Höchstbetragshypothek dem unsrigen gleichgelagert ist — die Höchstbetragshypothek ist letzen Endes nichts anderes als ein Fall des § 1113 Abs. 2 —, soll auf ihn zwecks weiterer Fundierung des oben gefundenen Ergebnisses näher eingegangen werden.

d) Der gleichgelagerte Fall der Höchstbetragshypothek.

Das Wesen der Höchstbetragshypothek ist bestritten. Es kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, auf das Für und Wider der Meinungen bis ins einzelne einzugehen. Dies soll daher nur insoweit geschehen, als es für den Zweck der zum Vergleich herangezogenen Betrachtung notwendig erscheint.

An den Anfang der Untersuchung kann die von allen Seiten als richtig zugegebene Tatsache gestellt werden, daß die durch Einigung und Eintragung entstehende Höchstbetragshypothek eine unbedingte und von vornherein vorhandene Belastung des Grundstücks zum Höchstbetrage darstellt[64]

62) Weigert J.W. 1928, 63.

63) Vgl. Schwister, J.W. 33, S. 1765; v. Tuhr I S. 188, der das Erwerbsrecht des eingetragenen Hypothekengläubigers zu den den subjektiven Rechten zuzuzählenden Anwartschaften rechnet.

64) Planck-Strecker § 1190, 2a; Staudinger § 1190 1a/3; Oberneck II, § 158 S. 406.

Strittig ist nur, wem die Hypothek zusteht. Hier werden in der Hauptsache vier Lehrmeinungen vertreten.

Nach der einen Ansicht ist die Höchstbetragshypothek ohne Rücksicht auf Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung von vornherein Gläubigerhypothek, die erst dann und insoweit zur Eigentümergrundschuld wird, wenn zu sichernde Forderungen nicht mehr entstehen können und der Höchstbetrag nicht erreicht ist[65]

Nach der zweiten Meinung steht die Höchsbetragshypothek zunächst dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu. Sie geht als Fremdhypothek auf den Eigentümer über, wenn und soweit Forderungen entstehen, wobei die Höhe der Eigentümergrundschuld bezw. der Hypothek dauernden Schwankungen unterworfen ist, die erst aufhören, wenn die Höhe der Forderungen endgültig festgestellt wird[66].

Eine dritte Meinung nimmt an, daß die Höchstbetragshypothek von vornherein unbedingte Gläubigerhypothek ist, daß aber, wenn sich später ein Zurückbleiben der Forderung hinter dem Höchstbetrag herausstellt, insoweit von Anfang an eine Eigentümergrundschuld bestanden hat[67].

Hierher kann auch die vierte Meinung gerechnet werden, die überhaupt keine festen Belastungen annimmt. Eigentümer wie Gläubiger hätten nur eine Anwartschaft auf späteren Erwerb eines dinglichen Rechtes am Grundstück.[68]

Richtig kann nur die zweite Ansicht sein.

Der ersten Theorie kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil sie dem Gläubiger von vorneherein eine Hypothek zuspricht, ohne daß diesem auch eine Forderung zusteht. Dieses Ergebnis ist mit dem Prinzip, der Akzessorität nicht in Einklang zu bringen. Außerdem müßte der Gläubiger bei einer Zwangsversteigerung vor Entstehung einer Forderung den Erlös erhalten. Es kann aber nicht bestritten werden, daß der Erlös dem Eigentümer zusteht. Die Höchstbetragshypothek muß daher notwendig bis zur Entstehung von Forderungen dem Eigentümer als Grundschuld zustehen.[69]

Damit entfällt auch die Grundlage für die Annahme der dritten und vierten Ansicht. Die letzte Lehrmeinung ist insbeson-

65) Dernburg Sachenrecht § 243 S. 710; Oberneck a.a.O. S. 405; Turnau-Förster Bem. I 10 zu § 1190 u. früher das RG 51, 117; 61, 41.

66) so RG 75, 250; 97, 226; 125, 136. KGJ 45, 290; 49, 225; Planck, a.a.O. Bem. 6 a; RGRC § 1190, 1; Staudinger a.a.O. u. a. m.

67) Güthe-Triebel GBO § 22 Bem. 15; Biermann § 1190 Bem. 4 b.

68) Hirsch, Arch. f. Bürgerl. Recht, 25. 248.

69) Voigt, § 17 u. 18; Staudinger a.a.O. S. 1391.

dere deshalb abzulehnen, weil nach dem geltenden Rechtssystem ein wirksam entstandenes Recht auch einen Rechtsinhaber haben muß.

Der zweiten Lehrmeinung ist schon im Hinblick auf § 1163 Abs. 1 der Vorzug zu geben. Gerade der Umstand, daß sowohl die Eigentümergrundschuld, als auch die Gläubigerhypothek bis zur endgültigen Feststellung der Forderung gewissen Schwankungen unterworfen ist, trägt den beiderseitigen Interessenlagen Rechnung. Der Vergleich mit der Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung zeigt, daß dies keine begriffliche Unmöglichkeit ist, wie die Vertreter der ersten Ansicht glauben. Der Grundsatz der §§ 1113 Abs. 1 und 1163 Abs. 1 dahingehend, daß bei Nichtbestehen einer Forderung insoweit das dingliche Recht gemäß § 1177 BGB dem Eigentümer zusteht, gilt auch für künftige oder bedingte Forderungen gemäß § 1113 Abs. 2 BGB. Die logische Folge hiervon ist, daß dieselben Grundsätze auch für die Höchstbetragshypothek zu gelten haben. Die Höchstbetragshypothek ist, wie bereits erwähnt, nur ein besonderer Fall der Hypothek für eine bedingte oder zukünftige Forderung. Der Unterschied, daß bei der Hypothek für eine bedingte Forderung letztere der Höhe nach von vornherein feststeht, während bei der Höchstbetragshypothek die Feststellung der Forderung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben ist, kann nicht ins Gewicht fallen.[70]

Die Eigentümlichkeit der Höchstbetragshypothek besteht also darin, daß die Höhe des Gläubiger- als auch des Eigentümer-Pfandrechts vom jeweiligen Bestand der Forderung abhängig bedingt ist. Soll nun die Höchstbetragshypothek überhaupt einen Sinn haben, so muß der Gläubiger vor Verfügungen seitens des Bestellers, die sein Recht, die Hypothek bis zum Höchstbetrag zu erwerben, beeinträchtigen oder vernichten können, geschützt sein, denn wenn der Gesetzgeber die Bestellung einer Hypothek für einen Höchstbetrag zuläßt, so muß er auch dafür sorgen, daß der mit der Schaffung der gesetzlichen Vorschrift gewünschte Erfolg, nämlich den Gläubiger bis zum Ende des der Bestellung der Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Kausalgeschäftes zu schützen, erreicht wird.

Der Zweck der Vorschrift des § 1190 verlangt daher, daß Verfügungen des Eigentümers über die ihm zustehende vorläufige Eigentümergrundschuld nur insoweit möglich sind, als das Recht des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek nicht beeinträchtigt oder vereitelt wird.

70) Voigt S. 16/17.

So sind sich daher auch alle Vertreter der mit Recht als herrschend zu bezeichneten Theorie darüber einig, daß ein Schutz besteht. Sie gehen nur in der Begründung auseinander.

Die einen meinen, für den Gläubiger entstehe ein dinglich gebundenes Warterecht. Verfügungen des Eigentümers seien dem dinglichen Recht gegenüber unwirksam.

Andere wieder sind der Ansicht, daß das Pfandrecht an dem Grundstück, das für eine noch nicht entstandene Forderung bestellt wird, zwar erst mit der Entstehung der Forderung wirksam werde. Mit der Verpfändung trete aber schon eine dinglich wirkende Verstrickung der Sache ein. Der Besteller könne zwar bis zur Entstehung der Forderung über die Pfandsache verfügen. Die Gebundenheit bewirke aber, daß diese Verfügungen dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam bleibe.[71])

Die Vertreter der dritten als herrschend zu bezeichnenden Ansicht wollen die Vorschrift des § 161 BGB analog angewendet wissen. Nach ihnen hat der Gläubiger schon vor Entstehung der Forderung durch die Bestellung der Höchstbetragshypothek ein Recht auf Erwerb der Hypothek. Die Entstehung der Forderung bezw. der Erwerb von neuen Forderungen ist die ausstehende Bedingung für den Uebergang der Hypothek auf den Gläubiger. Umgekehrt ist das Nichtentstehen bezw. der Fortfall von Forderungen die Bedingung für den Erwerb der Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer bezw. den Besteller.

Die Eigentümergrundschuld ist somit durch das Entstehen von Forderungen auflösend bedingt. Der Gläubiger hat ein aufschiebend bedingtes Recht auf Erwerb der Hypothek. Es liegt also ein dem § 161 rechtsähnlicher Fall vor, auf den diese Vorschrift analog anzuwenden ist. Die Einwendungen, die hiergegen erhoben werden, weil es sich nicht um eine echte, sondern um eine Rechtsbedingung handelt, werden von ihnen als zu formalistisch abgelehnt.[72])

Es kann hier dahingestellt bleiben, welcher der drei genannten Ansichten zu folgen ist. Zweck der Betrachtung war doch nur, nachzuweisen, daß auch der Gläubiger der Höchstbetragshypothek ein dingliches Anwartschaftsrecht hat, und daß dies der Fall ist, folgt aus allen drei Lehrmeinungen.

71) Vgl. Staudinger Anm. 17 zu § 1190, S. 1403 bezügl. der Pfändung RGZ 97. 223. Die Pfändung hängt in der Schwebe. Sie erlangt rückwirkende Kraft durch Rückbeziehung.

72) RGRK § 1190. Erl. 1, Oberneck II S. 158 Nr. 7, Mayer i. Gruch. 56 S. 525 u. Voigt. S. 22.

Eine Gegenüberstellung beider Fälle ergibt deren völlige Gleichheit. Das wird besonders deutlich, wenn bei der Eintragung der Höchstbetragshypothek überhaupt noch keine Forderung entstanden ist. Auch wird in beiden Fällen der Schwebezustand von den Parteien vorausgesehen. Deshalb kann die rechtliche Beurteilung in bezug auf die Stellung des Hypothekengläubigers in beiden Fällen nur dieselbe sein.

e) Der Fall des Eigentümerwechsels vor Valutierung im Vergleich zum Gläubigerwechsel.

Zum Schluß kann noch darauf hingewiesen werden, daß auch das Reichsgericht in einer jüngst ergangenen Entscheidung den hier vertretenen Standpunkt eingenommen hat. Es hat nämlich in der in Band 153 (1937) Nr. 23 abgedruckten Entscheidung ausgeführt, daß der Gläubiger die für sein künftiges Darlehn eingetragene Hypothek mit der Hingabe des Dahrlehns auch dann unmittelbar erwirbt, wenn in der Zeit zwischen der Bestellung der Hypothek und der Hingabe des Darlehns ein Wechsel im Eigentum des belasteten Grundstücks stattgefunden hat.

Diese Entscheidung trifft zwar nicht genau unseren Fall, denn hier handelt es sich um einen Gläubiger und nicht um einen Eigentümerwechsel. Jedoch ist die Problematik beider Fälle die gleiche. Hier wie dort dreht es sich um die Frage, ob die durch den Eigentümerwechsel bzw. Gläubigerwechsel entstandene Fremdgrundschuld ohne weiteres durch Ausübung des Valutierungsrechtes Fremdhypothek werden kann. Das hat aber das Reichsgericht zutreffend bejaht, indem es darauf hingewiesen hat, daß, abgesehen von der Tatsache, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld Fremdgrundschuld geworden ist, ihr Inhalt derselbe geblieben ist. Insbesondere sei die auflösende Bedingung, daß die Eigentümergrundschuld im Augenblick der Hingabe des Darlehns erlösche, mit dem Eigentümerwechsel nicht in Fortfall gekommen. Außerdem könne es nicht den Willen des Gesetzgebers entsprechen, daß die Rechtsstellung, die der eingetragene Gläubiger durch die Einigung mit dem Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch erlangt habe, wider seinen Willen dadurch beeinträchtigt werden könne, daß der Eigentümer das Grundstück veräußere. Die vorläufige Eigentümergrundschuld verwandle sich erst dann in eine endgültige, wenn die auflösende Bedingung ausgefallen sei. Andererseits erwerbe der Gläubiger die Hypothek kraft Gesetzes mit dem Entstehen der Forderung.

Somit ist der Schluß gerechtfertigt, daß auch das Reichsgericht die hier vertretene Ansicht billige.

In diesem Zusammenhang mag noch darauf hingewiesen werden, daß auch Ackermann in seinem Aufsatze — Zur Frage der Eigentümergrundschuld S. 247 — die Auffassung vertritt, daß ein nach Einigung und Eintragung der Hypothek und vor deren Valutierung eintretender Eigentümerwechsel die Entstehung der Gläubigerhypothek durch Valutierung nicht hindere, während seiner Ansicht nach der Gläubigerwechsel die Valutierbarkeit vernichte.

Bei dem Eigentümerwechsel wird die vorläufige Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes, bei dem Gläubigerwechsel durch Rechtsgeschäft zur Fremdgrundschuld. Im ersten Falle soll die Valutierbarkeit erhalten bleiben, im zweiten Falle vernichtet sein. Ein erstaunliches Ergebnis! Es ist nicht einzusehen, warum der Gläubigerwechsel einen stärkeren Einfluß auf das Anwartschaftsrecht des vor Valutierung eingetragenen Hypothekengläubigers ausüben sollte, als der Eigentümerwechsel[73]).

f) Feststellung des gefundenen Ergebnisses.

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchung kann also das Folgende festgestellt werden.

Der Gläubiger erwirbt mit der Eintragung der Hypothek für sein künftiges Darlehn ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Erwerb der Hypothek durch Valutierung.

Die Abtretung der durch Nichtvalutierung der Hypothek entstandenen Eigentümergrundschuld ist insoweit möglich, als dadurch das Recht des Gläubigers nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird.

Mit der Valutierung erwirbt der Gläubiger kraft Gesetzes die für ihn eingetragene Hypothek[74])

D. Die Verwertung der vorläufigen, auflösend bedingten Eigentümergrundschuld zur Sicherung des Zwischenkredites.

Es fragt sich nun, ob der Zwischenkreditgeber, der sich die vorläufige, mit dem Valutierungsrechte des eingetragenen Hypothe-

73) Vgl. Thümmler a. a. O. S. 769.

74) Es ist daher nicht notwendig, daß bei der Abtretung der Eigentümergrundschuld zwischen dem Eigentümer und dem Zwischenkredit-Institut vereinbart wird, daß sich diese bei Valutierung in eine Hypothek verwandeln soll. Vgl. Anm. oben auf S. 4 Nr. 3. So auch Recke a. a. O. 5 3222.

kengläubigers behaftete Eigentümergrundschuld unter Uebergabe des Hypothekenbriefes abtreten ließ, am Baugrundstück dinglich gesichert ist.

Zunächst ist zu prüfen, wann der Zwischenkreditgeber eine dingliche Sicherung braucht.

Es ist oben darauf hingewiesen worden, daß sich der Zwischenkreditgeber auch den Anspruch des Eigentümers gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger auf Auszahlung des versprochenen Hypothekendarlehns abtreten läßt. Der gewährte Zwischenkredit wird also im Regelfalle bei Bauvollendung mit der Hypothekenvaluta abgedeckt. Der Zwischenkreditgeber benötigt daher nur für den Fall eine dingliche Sicherung, in dem die Hypothekenvaluta nicht zur Auszahlung gelangt, weil beispielsweise der Bauträger die Bedingungen des Darlehnsgebers, die dieser an die Hergabe des Darlehns geknüpft hat, nicht erfüllt, insbesondere z. B. den Bau nicht fertiggestellt hat.

Die Frage, ob für diesen Fall die vorgesehene dingliche Sicherung ausreicht, ist zu bejahen, und zwar aus folgenden Gründen:

Gemäß dem allgemein gültigen Rechtssatz, daß ein bestehendes Recht nur so übertragen werden kann, wie es sich in der Hand des Abtretenden darstellt, ‹nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet› kann der Eigentümer sein gegenwärtiges begrenztes dingliches Recht nur mit dem Valutierungsrecht des eingetragenen Hypothekengläubigers behaftet an den Zwischenkreditgeber abtreten. Mit der „vorläufigen Eigentümergrundschuld" ist dem Zwischenkreditgeber aber nicht gedient, sondern nur mit der Eigentümergrundschuld, die dadurch „entsteht", daß die auflösende Bedingung ausfällt. Das ist auch der Sinn sämtlicher in der Praxis üblichen Formulierungen. Die Abtretungserklärungen sind also insgesamt dahin auszulegen, daß der Eigentümer dem Zwischenkreditgeber die endgültige Eigentümergrundschuld abtritt, die dadurch entsteht, daß der eingetragene Hypothekengläubiger eintretendenfalls erklärt, er valutiere nicht.

Daß aber eine solche Abtretung rechtlich möglich ist, dürfte nicht bestritten werden können.

Bei der hier in Rede stehenden Eigentümergrundschuld handelt es sich nicht um die sogenannte „zukünftige Eigentümergrundschuld", die einmal entstehen wird, wenn der Eigentümer die durch eine Hypothek gesicherte Forderung zurückgezahlt hat, sondern um die endgültige Eigentümergrundschuld, die dadurch entsteht, daß der Hypothekengläubiger den Schwebezustand durch die Erklärung, er valutiere nicht, beendet.

Bei der sogenannten „zukünftigen Eigentümergrundschuld" dürfte ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis, ein Entstehungstatbestand für ein Recht noch nicht gegeben sein.[75])

Und es dürfte in der Tat sehr zweifelhaft sein, ob diese zukünftige Eigentümergrundschuld abgetreten werden kann.[76])

Bei dem zur Erörterung stehenden Fall handelt es sich um eine bloße und ungewisse Aussicht, die Hypothek einmal zu erwerben, es handelt sich auch nicht, wie Lent S. 41 anzunehmen scheint, um eine künftige, aufschiebend bedingte Eigentümergrundschuld, sondern um ein gegenwärtiges, wenn auch nur begrenztes dingliches Recht, um eine mit dem Valutierungsrecht des eingetragenen Hypothekengläubigers behaftete bestehende Eigentümergrundschuld, die sich von der gewöhnlichen Eigentümergrundschuld nur dadurch unterscheidet, daß der Eigentümer bei Verfügungen über sein Recht zugunsten eines Dritten gewissen Beschränkungen unterworfen ist, die dem Recht aber doch nicht den Charakter eines gegenwärtigen dinglichen Rechtes nehmen.

Es liegt mehr als nur ein Entstehungstatbestand vor. Die Eigentümergrundschuld wird hier doch nur deshalb eine vorläufige genannt, weil sie die Entwicklungsmöglichkeit in sich trägt, bei Eintritt der auflösenden Bedingung Fremdhypothek zu werden. Fällt die auflösende Bedingung aus, so bleibt sie, was sie vorher war, nämlich Eigentümergrundschuld. Wenn davon gesprochen wird, daß sich die vorläufige Eigentümergrundschuld im Augenblick der Erklärung des Hypothekengläubigers, er valutiere nicht, in eine endgültige Eigentümergrundschuld verwandle, so soll damit nur der Fortfall der Verfügungsbeschränkung des Eigentümers gekennzeichnet werden. Tritt nun der Eigentümer diese „vorläufige" Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber ab, so will er ihm die Rechtsstellung verschaffen, die er einnehmen würde, wenn die auflösende Bedingung ausfällt, d. h. erklärt der Hypothekengläubiger, er valutiere nicht, so wird die Eigentümergrundschuld von dem Valutierungsrecht befreit und der Zwischenkreditgeber hat sie nunmehr so in der Hand, wie sie der Eigentümer in diesem Falle ohne Abtretung innehaben würde, oder genau ausgedrückt: Im Zeitpunkte, in dem feststeht, daß nicht valutiert wird, „verwandelt" sich die vorläufige Eigentümergrundschuld in der Hand des Abtretungsempfängers in eine endgültige.

75) Vgl. Thiele JW 1933, S. 677.
76) Vgl. hierzu Staudinger, § 1163 Anm. 5

Er kann nun alle Rechte geltend machen, die sonst dem Eigentümer zustehen würden, insbesondere die Berichtigung des Grundbuches fordern.

Schluß.

Abschließend kann also gesagt werden, daß der in der Praxis zur Sicherung von Bauzwischenkrediten eingeschlagene Weg geeignet ist, den gewünschten Erfolg herbeizuführen.[77])

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht auch die Tatsache, daß sich die Gerichte mit dem in Rede stehenden Fall bisher nicht zu befassen brauchten.

Nachzutragen bleibt lediglich noch, darauf hinzuweisen, daß auch die von Ackermann geäußerten wirtschaftlichen Bedenken nicht stichhaltig sind, denn es dürfte kein Fall denkbar sein, in dem nicht der Zwischenkreditgeber bei Nichtvalutierung der Endfinanzierungsmittel in der Lage wäre, seinen Kredit sofort fällig zu stellen. Er hat den Kredit zur Verfügung gestellt unter der Voraussetzung, daß dieser mit der Hypothekenvaluta innerhalb der zur Valutierung der Hypothek notwendigen Frist abgedeckt wird. Entfällt diese Möglichkeit, so dürfte ohne weiteres die Fälligkeit des Zwischenkredites eintreten.[78]) Die Gefahr, daß der Zwischenkreditgeber für sein naturgemäß nur kurzfristiges Darlehn eine langfristige dingliche Sicherung erhält, besteht daher nicht.

---

77) So auch Recke JW 36, 3233; Ehrenforth JW 36, 3220; Obermair D. Not. Z. 36, 659; Dehne D. Not. Z. 36, 664; Thümmler D. Not. Z. 36 763; Derselbe, Bank.-Arch. 36, S. 439.

78) So auch Obermair a. a. O. 663, Dehne 669.

Berichtigung.

Es muß heißen:

Seite 7, Abs. 2, Zeile 8: „**und** daß gerade in den drei . . ."
„ 8, Abs. Preußisches Recht Zeile 4: „In Bremen war es schon **vor** Jahrhunderten möglich"
„ 13, Fußnote 18, 6. Zeile: Der Kred**i**tgeber will . . .
„ 19, Zeile 1: „Buchhypotheken" statt Buchhypothen
„ 19, Abs. 2, Zeile 8: „dieser auch vor Fertigstellung des Baues, d. h. als**o** vor . . ." statt „dieses" und „als"
„ 25, Abs. 5 Zeile 6: „ . . . aber noch nicht**s** Endgültiges"
„ 26, Schluß der Anm. 55: „Das Recht des Eigentümers kann nur in der Form der Eigentümergrundschuld entstehen. RG Bd. 153, Nr. 23."
„ 30, Abs. 7, Zeile 4: „ist mit dem Prinzip der Akzessorietät"
„ 31, Abs. 2, Zeile 3: „abhängig, bedingt" (durch , trennen)
„ 36, Abs. 3, Zeile 3: „Bei dem zur Erörterung stehenden Fall handelt es sich **nicht** um eine bloße . . ."
„ 36, Abs. 4 Zeile 18: „ . . . oder **un**genau ausgedrückt"